

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître del'ouvrage

Montero, Etienne

Published in:
R.G.A.R.

Publication date:
1989

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 1989, 'La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître del'ouvrage', R.G.A.R., Numéro 11445.

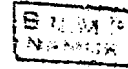
General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



LA RESPONSABILITÉ DIRECTE DE L'ENTREPRENEUR SOUS-TRAITANT ENVERS LE MAÎTRE DE L'OUVRAGE

par Etienne MONTERO

1. Nous nous proposons d'examiner les modes de la responsabilité du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage. Nous aurons à nous demander si le maître peut, en droit, agir sur une base contractuelle contre celui que l'entrepreneur s'est substitué pour l'exécution de tout ou en partie du contrat. Nous envisagerons aussi l'action délictuelle du maître contre le sous-traitant.

Bien que dans l'ensemble cette étude concerne le contrat d'entreprise, nous pourrions étendre certains développements et solutions à d'autres domaines. En effet, la même question se pose à propos d'autres contrats. Formulée de manière plus générale, elle revient à s'interroger sur la responsabilité de l'agent d'exécution à l'égard du créancier de son cocontractant.

2. L'entrepreneur sous-traitant est «un entrepreneur spécialiste indépendant chargé par l'entrepreneur général, en dehors de l'intervention du maître de l'ouvrage, de l'exécution de la partie des travaux de l'entreprise générale qui est de sa spécialité à des conditions convenues avec l'entrepreneur général»⁽¹⁾. Le contrat de sous-traitance est une sous-entreprise : il se caractérise par l'indépendance du sous-entrepreneur dans l'exécution du travail⁽²⁾. Il se distingue du contrat de travail par l'absence de toute subordination⁽³⁾.

3. Dans une première partie (I), nous synthétiserons les solutions traditionnelles apportées par les jurisprudences belge et française au problème de la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître.

Ensuite (II), nous examinerons les arrêts qui dérogent aux principes. Certaines décisions ont en effet admis implicitement une action contractuelle directe du maître contre le sous-traitant. Dans le même temps, la jurisprudence a subi une évolution sur le point de la responsabilité aquilienne du maître envers le sous-traitant. A cet égard, l'arrêt du 7 décembre 1973 rendu par la Cour de Cassation marque une rupture. Il retiendra particulièrement notre attention.

Dans les développements qui suivront (III), il s'agira de montrer la nécessité qu'il y a de maintenir la responsabilité personnelle de l'agent d'exécution et de présenter des arguments en faveur de l'action-directe contractuelle du maître. Nous passerons en revue, de manière critique, divers fondements juridiques possibles de cette action. Enfin, nous analyserons son régime juridique.

(1) En droit belge, aucun texte normatif ne définit la sous-traitance. La définition proposée est empruntée à A. Delvaux, *Traité juridique des bâtisseurs*, 2^e, I, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 254, n° 149.

Par contre, la loi française du 31 décembre 1975 (art. 1^{er}) offre une définition de la sous-traitance. Pour un commentaire de cette loi : M.-A. et Ph. Flamme, *De la protection des sous-traitants en cas de faillite de l'entrepreneur principal : l'expérience française, L'entreprise et le droit*, 1982, p. 145 à 182 (avec le texte complet de la loi); v. aussi Flecheux, la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, *J.C.P.*, 1976, I, 2791.

(2) On consultera utilement une monographie fondamentale pour notre matière : J. Noret, *Le sous-traitant*, thèse, *L.G.D.J.*, Paris, 1979.

(3) Sur les caractéristiques de la sous-traitance : A. Delvaux, op. cit., p. 254 et s.; Y. Hannequart, *Le droit de la construction*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 191 et s., n° 279 et s.; M.-A. et Ph. Flamme, *Chronique de jurisprudence, La sous-traitance*, *J.T.*, 1983, p. 353-358.

I. Les jurisprudences belge et française : synthèse des solutions.

4. Quelques propositions suffisent à résumer la position traditionnelle de la jurisprudence – en Belgique et en France – sur la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître.

5. Le maître ne peut mettre en cause directement la responsabilité contractuelle du sous-traitant, aucun contrat n'existant entre eux.

En effet, le sous-traitant est considéré comme tiers à l'égard du maître et par rapport au contrat principal. Or, pour que la victime d'un dommage puisse intenter une action en responsabilité contractuelle, il faut qu'elle ait conclu avec le responsable un contrat valable et que le dommage résulte de l'inexécution de celui-ci ⁽⁴⁾.

Le refus de l'action contractuelle se fonde donc sur une application rigoureuse du principe de relativité des conventions : à l'égard du maître, le contrat de sous-traitance est une «res inter alios acta». Le maître n'est dès lors pas fondé à agir contre le sous-traitant sur une base contractuelle.

6. L'entrepreneur principal répond entièrement envers le maître des personnes qu'il s'est substituées pour exécuter tout ou partie de la convention ⁽⁵⁾.

C'est le principe dit de la «responsabilité contractuelle pour autrui». L'article 1797 du Code civil constitue le fondement de cette responsabilité. Celle-ci n'a pas toujours fait l'unanimité mais semble aujourd'hui largement admise ⁽⁶⁾.

L'entrepreneur est responsable à l'égard du maître des fautes commises par le sous-traitant sans qu'il soit nécessaire pour que sa responsabilité soit engagée, d'établir un défaut de surveillance de sa part sur son sous-traitant et bien que le dommage soit exclusivement imputable à ce dernier.

Il faut cependant tenir compte, ne fût-ce que sommairement, de quelques nuances introduites à cet égard par la jurisprudence.

Ainsi, quelques décisions de justice ont admis que l'entrepreneur n'était pas tenu de garantir ses sous-traitants en cas de dol ou dans des hypothèses précises de sous-traitants spécialistes ⁽⁷⁾. De même, dans l'hypothèse où les sous-traitants sont désignés ou imposés par le maître (choisis directement par lui), l'entrepreneur ne doit répondre ni du choix des sous-traitants, ni des actes qu'ils accomplissent ⁽⁸⁾. L'entrepreneur n'a pas à ré-

(4) V. R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, I, Larcier, Bruxelles, 1959, No 7, 89 et s.; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t.I, 2^e éd., L.G.D.J., Paris; p. 135, no 108; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I., 6^e éd., 1965, p. 136, no 107; Mazeaud et de Juglart, *Leçons de droit civil*, t. 3, 8^e éd., no 1379.

(5) V. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.II., no 592; R.O. Dalcq, *Traité* no 109 et réf.

En France : G. Viney, *Traité de droit civil*, L.G.D.J., Paris, 1982, p. 926 et s., no 834 et s.; Contra : Rodière, *Y-at-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ?* *Dall.*, 1952, Chr., p. 79.

(6) Un article récent fait le point sur cette question : P.-H. Delvaux, *La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de Cassation*, *J.T.*, 1987, p. 420, no 20 et les références citées.

(7) Voy. la jurisprudence citée par P. Ronse, *La responsabilité de l'entrepreneur sous-traitant spécialiste*, obs. sous Trib. 1^{re} instance de Bruxelles, 25 janvier 1977, *Entr. et Dr.*, 1986, p. 127 et s. Dans l'état actuel du droit positif, il n'y a pas de règle qui définisse un exigence plus sévère à l'égard de celui qui à tort ou à raison se déclare spécialiste. Cependant, cette responsabilité a été consacrée de manière précise et certaine par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 janvier 1969. Cette prise de position a amorcé une tendance chez les juges à estimer que le spécialiste ne peut être indifférent à la conception et qu'il encourt une responsabilité si, s'en tenant à exécuter passivement, il prête la main à une exécution dont il doit s'apercevoir qu'elle est de conception vicieuse. Quoiqu'il en soit, chaque cas doit être individualisé et donne lieu à une appréciation sur le fond, qui dès lors échappe à la censure de la Cour de Cassation. Il ne nous est pas possible sans sortir des limites de cette étude d'approfondir cette question. Pour de plus amples développements, v. P. Ronse, *ibid.*

(8) Cette solution est conforme au libellé de l'article 1797 du Code civil : «l'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie». Cet article montre clairement que cette responsabilité suppose que l'initiative du choix du substitut a appartenu à l'entrepreneur principal (M.-A. Flamme, obs. sous Bruxelles (1^{re} Ch. bis), 9 février 1982, *Entr. et Dr.*, 1983, pp. 10 à 13; v. B. Teyssie, *Les groupes de contrats*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1975, no 406; M.-A. Flamme, *De quelques problèmes controversés du droit de la construction (rapport belge)*, *Entr. et dr.*, 1984, p. 6 et s. (v. chap. III : sous-traitants imposés, p. 16).

pondre davantage des matériaux inadaptés ou impropres imposés par le maître ou l'architecte ⁽⁹⁾.

Dans certaines hypothèses où des liens ont été créés entre le maître et le sous-traitant, il a été admis que la responsabilité contractuelle de ce dernier soit engagée envers le maître : stipulation pour autrui, mandat, délégation,... ⁽¹⁰⁾.

Dans la mesure où ces mécanismes découlent d'une manifestation expresse de volonté, il n'y a pas de véritable exception aux principes.

Par contre, le simple fait que le choix du sous-traitant a été « agréé » ou « ratifié » par le maître ne suffit pas à fonder une action en responsabilité contractuelle du maître contre le sous-traitant ⁽¹¹⁾.

7. Garant de ses sous-traitants, l'entrepreneur qui leur reproche d'éventuelles malfaçons dispose contre eux d'une action récursoire.

Ce recours de l'entrepreneur contre le sous-traitant s'explique parce que ce dernier est « entrepreneur pour la partie du travail qu'il exécute » ⁽¹²⁾. Ainsi, l'entrepreneur devient à son égard maître d'ouvrage. Les articles 1792 et 2270 du Code civil s'appliquant à tous les entrepreneurs, au bénéfice du maître, la responsabilité qu'ils établissent incombe dès lors au sous-entrepreneur vis-à-vis de l'entrepreneur principal ⁽¹³⁾.

8. La doctrine et la jurisprudence dominantes admettaient que l'action du maître contre le sous-traitant ne puisse se fonder que sur une base délictuelle ⁽¹⁴⁾. En Belgique, l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 décembre 1973 a désormais rompu tout cet équilibre. Dans la partie II de cette étude, nous analyserons les solutions consacrées par cet arrêt « révolutionnaire » et leurs conséquences.

9. En conclusion pour cette première partie, le maître a le choix : agir en responsabilité contre son débiteur – l'entrepreneur – sur le plan contractuel, ou agir sur base des articles 1382 et suivants du Code civil contre le sous-traitant. Telles étaient les solutions adoptées par la jurisprudence, du moins jusqu'en 1973 pour ce qui concerne la Belgique.

(9) M.-A. Flamme, De quelques problèmes controversés, op. cit., v. ch. IV : des matériaux imposés, p. 17.

(10) v. M.-A. et Ph. Flamme, Chronique citée, op. cit., n° 79. Quelques décisions ont admis l'un ou l'autre de ces mécanismes comme base suffisante pour que le maître puisse engager directement la responsabilité contractuelle du sous-traitant. v. pour le mandat : Cass. fr., 8 mars 1977, *Gaz. Pal.*, 1977, p. 241, obs. Peisse; stipulation pour autrui : Trib. Liège, 25 octobre 1973, *J.A.L.*, 1973-1974, p. 219; v. aussi Flamme, Responsabilité entre les constructeurs, *Jeune Barreau*, 1976, n° 41, p. 65; délégation : Lyon, 14 mai 1975, *D.*, 1976, somm. 10; Lyon, 27 mai 1977, *Gaz. Pal.*, 1978, p. 11.

(11) Cass. fr. 15 mai 1973, *D.*, somm. 124; Trib. Bruxelles (3^e Ch.), 5 novembre 1968 confirmé par Bruxelles, le 29 mai 1970, *La construction*, 70, p. 8; G. Durry se demande si « l'acceptation » du sous-traitant par le maître rendue obligatoire par la loi française du 31 décembre 1975 (réf. v. note 1), ne conduira pas à décider qu'entre eux existent désormais des rapports contractuels (G. Durry, *rev. trim. dr. civ.*, 1977, p. 136). Cornu quant à lui (*rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 170) ne veut pas limiter l'action contractuelle au seul cas d'acceptation. Ce serait – à son estime – « donner trop de poids à un instant et à une forme au sein d'une opération de longue durée... ».

(12) Cass. (1^{re} Ch.), 24 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, 1020; Cass., 5 mai 1967, *Pas.*, 1967, I, 1046; Flamme, Chronique, op. cit., n° 66, p. 357.

(13) L. Simont, J. De Gavre et P.-A. Foriers, Examen de jurisprudence (1976 à 1980). Les contrats spéciaux (3^e partie), *R.C.J.B.*, 1986, p. 317 à 454 (v. n° 170, p. 345).

(14) v. abondante jurisprudence citée par A. Limpens-Meinertzhagen, obs. sous Cass., 7 décembre 1973, *Entr. et Dr.*, pp. 182 à 202 (p. 188, n° 12); Flamme et Lepaffe, Le contrat d'entreprise, n° 218 et les ref. citées; Mazeaud et Tunc, op. cit., t. II, n° 1070 à 1076. Avant l'arrêt du 7 décembre 1973, la recevabilité de l'action aquilienne du maître contre le sous-traitant reposait sur la justification suivante : le sous-traitant qui manque aux règles de son art (manquement déontologique, erreur technique, soit dans les deux cas : une négligence ou une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil) méconnaît non seulement les obligations contractuelles découlant de la convention conclue avec l'entrepreneur mais aussi les obligations légales de sa profession. Il engage ainsi sa responsabilité aquilienne à l'égard du maître, considéré comme tiers par rapport à lui.

Les évolutions récentes de la jurisprudence.

10. Certains arrêts ont remis en cause l'économie générale des solutions esquissées. Ils ont en effet laissé apparaître une prise de position en faveur de l'action contractuelle directe du maître contre le sous-traitant. Il s'agit de trois arrêts rendus par trois Cours d'appel du pays. Ils ont été, il est vrai, cassés par la suite. Nous allons exposer brièvement les faits et rapporter les attendus significatifs des trois arrêts évoqués.

11. Il y a tout d'abord l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 26 juin 1970, rendu célèbre par l'arrêt de cassation auquel il donna lieu et les nombreux commentaires qu'il suscita ⁽¹⁵⁾. Nous serons donc succincts.

Une usine suisse avait vendu à une société indienne six tours hydrauliques. Ceux-ci furent expédiés à Anvers où les caisses devaient être embarquées à bord d'un navire à destination de Calcutta. A cet effet, un contrat de transport fut conclu. Par une seconde convention, l'embarquement des caisses fut confié, en sous-traitance, à une entreprise d'arrimage. En cours d'exécution, la tour hydraulique qui était dans la caisse s'écrasa sur le sol par suite de la rupture des élingues. La marchandise était toujours aux risques du vendeur au moment de l'accident conformément au caractère CIF de la vente. Le vendeur fut indemnisé par son assureur qui, subrogé, assigna l'entreprise d'arrimage en responsabilité. L'arrêt déclare cette action fondée avec une réserve cependant: l'entreprise d'arrimage n'a participé à l'exécution du contrat de transport que sous les mêmes limitations de responsabilités que le transporteur lui-même.

MM. Dalcq et Glansdorff relèvent très justement que l'arrêt de la Cour d'appel, admettant l'application d'une limitation de responsabilité exclusivement contractuelle, a sans doute implicitement admis que l'action contractuelle pouvait être dirigée contre le cocontractant, mais aussi – et ici l'arrêt déroge aux principes – contre l'agent d'exécution, l'arrimeur. Cela revient à reconnaître une action contractuelle contre un tiers au contrat principal. «Il est hors de doute», ajoutent-ils «qu'en l'espèce le chargeur aurait pu demander réparation au transporteur, lequel à son tour aurait pu exercer un recours contre l'entreprise d'arrimage» ⁽¹⁶⁾. La solution de l'arrêt aboutissait au même résultat, mais avec l'économie d'un recours.

12. Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Liège se prononce par un arrêt du 9 juin 1976.

Un gage formé par des lots de laine a été constitué par un débiteur au profit de la «T.T.» qui fit entreposer ce gage dans les locaux et sous la garde de la S.A. C.P. Lors de la réalisation du gage, la «T.T.» constate qu'il manque un lot, repris par son débiteur. La Cour retient dans le chef de la S.A. C.P. une faute, commise dans l'exécution de ses obligations contractuelles, consistant dans «l'absence excessive, sinon totale, de surveillance du «gage». La Cour fait grief à B., qui est directeur et donc préposé de la S.A. C.P. Elle condamne B. – agent d'exécution! – in solidum avec S.A. C.P., à réparer au motif «que la faute commise par B. est lourde au point d'engager sa responsabilité personnelle, que sans cette faute, le dommage de la «T.T.» n'aurait pas pu se produire».

Cette solution déroge aux principes en ce qu'elle retient une responsabilité de nature contractuelle dans le chef d'un tiers. Il eût été plus conforme à la jurisprudence traditionnelle de considérer que la S.A. C.P. était contractuellement responsable pour son agent d'exécution. C'est ce que la Cour suprême constatera; l'arrêt du 9 juin 1976 sera cassé car «le préposé ne saurait être condamné in solidum avec son commettant sur le fondement d'une responsabilité contractuelle, même s'il avait commis des fautes graves dans l'exécution de la mission que ce dernier lui avait confiée».

13. La Cour de Bruxelles s'est prononcée dans le même sens, par un arrêt du 9 février 1982 ^(16 bis).

(15) Voyez notamment: J.-L. Fagnart, La responsabilité personnelle de l'agent d'exécution, obs. sous Cass. 7 décembre 1973, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317; Dalcq et Glansdorff, Responsabilité aquilienne et contrats, *R.C.J.B.*, 1976, pp. 20 et s.; R. Rasir, Cumul de la responsabilité contractuelle et aquilienne, *J.T.*, 1976, p. 163; A. Limpens-Meinertzhagen, obs. sous Cass., 7 décembre 1973, *Entr. et Dr.*, 1975, p. 181; Van Ryn J., Responsabilité aquilienne et contrats, *J.T.*, 1975, p. 505; W.G., note sous Cass., 16 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 973; Flamme et Lepaffe, Examen critique sur contrat d'entreprise, tiré à part, 1976, pp. 20 et s.; o.c. J. Herbots, *R.W.*, 1974, col. 1597; note M. Fallon, *Droit Eur. Transp.*, 1974, p. 541 et s.

(16) R.O. Dalcq et Fr. Glansdorff, op. cit., p. 26.

(16 bis) Récemment, la Cour d'appel de Bruxelles a refusé au maître de l'ouvrage l'action directe contre le sous-traitant (Bruxelles (2^e Ch.), 28 octobre 1987, *J.T.*, 1988, p. 665, note Glansdorff).

Berger avait commandé à l'entrepreneur Craps la construction d'un hangar devant servir de garage. La charpente métallique fut conçue et exécutée par Delvaux, sous-entrepreneur de Craps. A la suite de l'effondrement de la charpente, Berger assigna Craps et Delvaux en responsabilité.

Comme le relève M.-A. Flamme, à deux reprises dans son arrêt du 9 février 1982, la Cour d'appel de Bruxelles semble incidemment reconnaître l'existence d'une responsabilité contractuelle – la responsabilité décennale – de sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage⁽¹⁷⁾ :

«Attendu que la réception définitive ayant eu lieu le 12 juillet 1957, la responsabilité décennale des entrepreneurs Craps et Delvaux (sous-traitant) était en principe éteinte le jour où la toiture s'effondra».

«(...) de la responsabilité décennale dont la prescription, acquise lors de la survenance du sinistre en 1973, fait obstacle à l'intentement, sur cette base légale, d'une action contre les constructeurs Craps et Delvaux».

Ainsi, trois décisions en degré d'appel ont pris position en faveur de l'action contractuelle du maître contre le sous-traitant.

Cela étant, qu'en est-il de l'action aquilienne ?

14. Depuis l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 7 décembre 1973 et une jurisprudence ultérieure, on voit se profiler des solutions nouvelles quant au sort de l'action aquilienne. La recevabilité de cette action dirigée contre le sous-traitant semble bien être remise en cause.

La véritable innovation de l'arrêt du 7 décembre 1973, solution constante depuis, réside dans la prémisse du raisonnement des magistrats de la Cour : «L'agent d'exécution que le transporteur se substitue pour l'exécution de tout ou partie du contrat, n'est pas un tiers au regard de l'exécution du contrat et à l'égard du cocontractant du transporteur». Ainsi, du point de vue de sa responsabilité aquilienne à l'égard du créancier principal, l'agent d'exécution est désormais assimilé au débiteur contractuel. De ce fait, la question de l'admissibilité de l'action aquilienne du maître contre le sous-traitant se pose dorénavant dans les mêmes termes que celle du cumul des responsabilités entre parties liées par un contrat.

Deux questions distinctes – souvent traitées ensemble dans la doctrine – doivent donc être abordées : la première concerne le sort nouveau de l'agent d'exécution depuis l'arrêt du 7 décembre 1973 (a) ; la seconde concerne l'orientation qu'a prise la jurisprudence sur la théorie du cumul des responsabilités entre cocontractants (b).

(a) *Le sort de l'agent d'exécution.*

15. Les magistrats de la Cour suprême ont voulu cantonner les contractants dans la sphère contractuelle. Cela n'a pu se faire qu'au prix d'une incohérence sur le plan logique. En effet, considéré comme tiers à la formation du contrat, l'agent d'exécution «n'est pas tiers dans la mesure où il exécute le contrat». A ce titre, il est largement immunisé sur le plan de sa responsabilité aquilienne. Dans le même temps, la Cour refuse au maître le droit d'assigner le sous-traitant sur une base contractuelle au motif qu'il est tiers. C'est le système de la «responsabilité contractuelle pour autrui» qui doit s'appliquer : le maître n'a d'action que contre son cocontractant, lequel est responsable pour son substitut⁽¹⁸⁾. Tantôt le sous-traitant est assimilé à l'entrepreneur et n'engage sa responsabilité aquilienne envers le maître que dans les mêmes conditions qu'envers l'entrepreneur⁽¹⁹⁾, tantôt, le sous-traitant n'est pas assimilé à l'entrepreneur et sa responsabilité ne peut dès lors être recherchée directement par le maître sur le plan contractuel.

(17) v. M.-A. Flamme, obs. sous Bruxelles, 9 février 1982, *Entr. et Dr.*, p. 10; M.-A. Flamme, *Chronique, J.T.*, 1983, p. 381.

(18) Cette qualité de tiers est une condition de la mise en œuvre de la «responsabilité contractuelle pour autrui» (v. P.-H. Delvaux, op. cit., p. 420, n° 20).

(19) c.à.d. aux conditions requises par théorie du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle entre parties contractantes.

Instaurant une assimilation partielle de l'agent d'exécution au débiteur contractuel, les conseillers à la Cour de Cassation se sont arrêtés à mi-chemin. En toute rigueur logique, il faut admettre que le maître puisse assigner directement le sous-traitant sur une base contractuelle.

(b) *Le cumul (ou concours) des responsabilités.*

16. Dès lors que le sous-traitant est assimilé à l'entrepreneur au plan de l'exécution du contrat, se pose la question du cumul des responsabilités. Elle revient à se demander si l'action aquilienne est admise entre personnes liées par un contrat. Ont-elles un droit d'option entre l'action contractuelle et l'action aquilienne ? Dans l'affirmative, quelles en sont les limites et les conditions d'exercice ? Sans nous étendre longuement sur cette question délicate, rappelons la doctrine traditionnelle sur le cumul des responsabilités.

17. La réponse française au problème du cumul est nette. En 1980, la Cour de Cassation a exprimé son hostilité à l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le domaine du contrat. Depuis lors, la jurisprudence française est toujours restée défavorable au cumul des responsabilités⁽²⁰⁾. Logiquement, elle refuserait l'action aquilienne à celui auquel elle a, par hypothèse, reconnu le droit d'agir sur une base contractuelle. Notons toutefois que l'option entre les deux actions est admise – comme chez nous – lorsque la violation de l'obligation contractuelle est constitutive d'infraction pénale⁽²¹⁾. De même, l'action aquilienne est recevable lorsque la faute est commise à l'occasion du contrat, sans constituer la violation d'une obligation née de celui-ci⁽²²⁾.

18. La position de la jurisprudence est plus nuancée en Belgique. La Cour de Cassation a toujours décidé que «l'existence d'un contrat n'a pas nécessairement pour conséquence de faire disparaître la faute aquilienne»⁽²³⁾. Jusqu'à l'arrêt du 7 décembre 1973, l'action aquilienne était admise, en présence d'un contrat, aux conditions suivantes :

- 1) l'existence d'une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil;
- 2) la faute doit être autre que la violation d'une obligation «purement contractuelle». Cette dernière est définie comme celle qui trouve uniquement son origine et ses conditions d'existence dans un contrat⁽²⁴⁾ (25);
- 3) le dommage causé ne peut consister seulement en la perte de l'avantage contractuel que le contractant devait normalement retirer de l'exécution du contrat⁽²⁶⁾ (27).

En conclusion, il y avait coexistence des responsabilités lorsque la faute contractuelle considérée en dehors de tout contrat, eût engagé la responsabilité de son auteur⁽²⁸⁾. Il suffisait que l'inexécution du contrat puisse être considérée aussi comme une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil⁽²⁹⁾. Telle était la position constante de la Cour de Cassation belge depuis l'arrêt du 28 mars 1889⁽³⁰⁾ (31).

(20) E.M. Martine, L'option entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, thèse, L.G.D.J., Paris, 1957; Brun, Rapports et domaines des responsabilités délictuelle et contractuelle, thèse, Lyon, 1931; Le Tourneau, La responsabilité civile, 1972, n° 219 et s. et les réf.; Mazeaud et Tunc, Traité de la responsabilité civile, t. I, n° 173 et s.; v. Cass. (2^e Ch. civ.), 8 juin 1979, D., 1980, p. 563; v. aussi dans une note signée W.G., Pas., 1974, I, p. 971-2, de nombreuses références aux auteurs français et belges hostiles au cumul.

(21) De Page, t. 11, n° 927, p. 909; Dabin et Lagasse, Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, R.C.B.J., p. 259, n° 3; Liège, 8 juin 1971, Pas., 1971, II, 303; Dalcq, R.C.B.J., p. 259, n° 3; Liège, 8 juin 1971, Pas., 1971, II, 303; Dalcq, R.C.J.B., 1973, 629; Dalcq, Traité de la responsabilité civile, *Novelles*, Bruxelles, vol. V, n° 164 et 182.

(22) Mazeaud et Tunc, op. cit., t. 11, n° 145 et réf.; R.O. Dalcq, Traité de la responsabilité civile, t. I, n° 173.

(23) v. Cass., 7 novembre 1969, Pas., 1970, I, 215.

(24) Voyez : Cass., 4 juin 1971, Pas., I, 940; v. J. Van Ryn, Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif, thèse, Paris, Sirey, n° 196 et s.; Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle, R.C.B.J., 1957, p. 307, n° 6; Le problème du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, *Rev. dr. intern. et de dr. comp.*, 1962, p. 148, n° 5.

(25) Lorsque le manquement consiste exclusivement dans l'inexécution du contrat, la responsabilité contractuelle est seule engagée, puisqu'il n'y a pas de faute hors contrat (la première condition fait défaut).

(26) v. Van Ryn, Le concours (...), R.C.J.B., 1957, p. 308.

(27) Notons que l'hypothèse du cumul ne se réalise vraiment que s'il y a au départ une violation du contrat. C'est un préalable à ne pas perdre de vue.

(28) v. Cass., 18 mai 1961, Pas., 1961, I, 1006; Cass. 7 novembre 1969, Pas., 1970, I, 215; Civ. Bruxelles, 23 juin 1971, R.G.A.R., 8677; Civ. Anvers, 17 février 1972, J.P.A., 1972, p. 229; Civ. Liège, 15 novembre 1972, J.T., 1973, p. 61.

(29) v. Liège (5^e Ch.), 8 mars 1973, *Entr. et Dr.*, 1976, p. 207 et note Fagnart; Civ. Liège, 25 octobre 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, p. 219.

(30) Cass., 28 mars 1889, Pas., 1889, I, 161;

(31) Certains auteurs (v. Dalcq, Traité, n° 173; v. aussi la note (20)) sont cependant toujours restés défavorables au concours, n'admettant l'action aquilienne que lorsque la faute n'a été commise qu'à l'occasion du contrat et non dans son exécution.

19. L'arrêt de la Cour de Cassation du 7 décembre 1973 a décidé que «la responsabilité quasi-délictuelle de l'agent d'exécution ne peut être engagée que si la faute qui lui est imputée constitue une violation non pas de l'obligation contractuelle mais d'une obligation qui s'impose à tous et si cette faute a causé un autre dommage que celui qui résulte seulement de la mauvaise exécution du contrat». Ce double critère ainsi défini constitue-t-il un rejet de la théorie du cumul des responsabilités ? Certains auteurs le soutiennent ⁽³²⁾, d'autres le nient ⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence postérieure à l'arrêt du 7 décembre 1973 a pris deux orientations suivant qu'elle adopte une interprétation stricte ou moins stricte de la jurisprudence de la Cour de Cassation. La position de cette dernière elle-même semble ambiguë ⁽³⁵⁾.

La jurisprudence de la Cour de Cassation peut être interprétée strictement : dès lors qu'un contrat a été conclu, il exclut toute action quasi-délictuelle entre les parties, sauf si le cocontractant a commis une faute qui n'a aucun rapport avec un engagement assumé ^(35 bis). Plusieurs décisions paraissent s'aligner sur cette interprétation ⁽³⁶⁾. Certains auteurs, il y a longtemps, avaient anticipé cette solution. Dabin et Lagasse, favorables à l'immunité de l'agent d'exécution, écrivaient en 1955 : «lorsque l'inexécution d'un contrat résulte de la faute commise par le préposé de l'un des contractants, l'autre partie n'a d'action que contre le commettant et uniquement une action contractuelle, sans que le préposé puisse être considéré comme un tiers au contrat, justiciable à ce titre d'une action en responsabilité délictuelle; sur le plan de l'exécution du contrat, la partie victime ne connaît que son cocontractant, dont le préposé n'a été que l'agent d'exécution ou l'instrument. La responsabilité délictuelle à charge du préposé ne peut entrer en ligne de compte que si la faute est sans rapport avec les obligations dérivant du contrat» ⁽³⁷⁾.

D'autres décisions de la Cour suprême invitent à une interprétation moins stricte : il n'est pas nécessaire que le dommage résulte exclusivement d'une faute complètement étrangère au contrat. Il suffit que la faute consistant dans l'exécution défectueuse des engagements contractuels constitue simultanément un manquement au devoir général de prudence. Ainsi, l'arrêt de cassation du 15 décembre 1977 fait grief à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir «apprécié la faute qu'elle retient à charge du demandeur uniquement par rapport à la nature et aux conditions des obligations contractées» ⁽³⁸⁾. Prenant argument de la présence de l'adverbe «uniquement», il est permis de penser que si l'arrêt avait relevé les éléments d'une faute quasi-délictuelle, l'action aquilienne eût été recevable sans que la circonstance que la faute soit aussi une violation du contrat eût été un obstacle. Dans le même sens, on trouve dans un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers, l'expression «dommage autre que le dommage pur résultant de l'exécution du contrat» ⁽³⁹⁾. Quant au jugement du tribunal d'Anvers du 17 octobre 1979, il fait état de la double interprétation de la jurisprudence de la Cour de Cassation et adopte l'interprétation moins stricte ⁽⁴⁰⁾.

(32) v. A.-M. Limpens, op. cit., p. 201, n° 38; J.-L. Fagnart, op. cit., *R.G.A.R.*, 1974, p. 9317, surtout XI et XII; W.G., op. cit., *Pas.*, 1974, p. 973; L. Simont et J. De Gavre, op. cit., p. 345.

(33) v. Van Ryn, op. cit., *J.T.*, 1975, p. 506, II.

(34) Notons que l'arrêt du 7 décembre 1973 cassa l'arrêt de la Cour de Gand du 27 février 1973 au motif «qu'il ne constate pas que la faute imputée à la demanderesse précitée et les dommages causés par cette faute sont étrangers à l'exécution du contrat». Cette phrase autorise à interpréter sans ambiguïté l'arrêt du 7 décembre 1973 dans le sens d'un rejet du cumul des responsabilités (v. R. Rasir, op. cit., 164; R.O. Dalcq et Fr. Glansdorff, op. cit., p. 30). Mais il faut aussitôt souligner que si cette phrase infléchit de façon décisive l'interprétation à donner à cet arrêt, contre la théorie du cumul, elle n'a jamais à notre connaissance été reprise dans des arrêts ultérieurs.

(35) v. Fagnart et Deneve, *Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1976-1984)*, *J.T.*, 1985, p. 453, n° 1 & 2; R.O. Dalcq, *Examen de jurisprudence sur la responsabilité aquilienne*, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 355 à 360; *R.C.J.B.*, 1987, pp. 602 à 607.

(35 bis) v. Cass (3^e Ch.), 14 octobre 1985, *J.T.*, 1986, p. 600.

(36) Gand, 16 juin 1975, *R.G.A.R.*, 1977, n° 9726; Anvers, 1^{er} décembre 1976, *Dr. Eur. Transp.*, 1977, p. 563.

(37) Dabin et Lagasse, *Examen de jurisprudence*, *R.C.J.B.*, 1955, p. 329, n° 10.

(38) *Pas.*, 1978, I, p. 57; *R.C.J.B.*, 1978, p. 426.

(39) Anvers (5^e Ch.), 13 avril 1981. *Turn. Rechts*, 1982, p. 18.

(40) Civ. Anvers, 17 décembre 1979, *R.W.*, 1980-1, col. 1479. D'autres décisions se prononcent nettement en faveur du cumul des responsabilités (v. Fagnart et Deneve, op. cit., p. 455, n° 2).

Il n'est pas permis de conclure avec certitude que la jurisprudence s'est orientée, à partir de l'arrêt du 7 décembre 1973 dans le sens d'un rejet catégorique de la théorie du concours des responsabilités. Ce qui est certain, c'est que la jurisprudence belge est devenue plus rigoureuse que la jurisprudence française pour apprécier les conditions de recevabilité de l'action délictuelle contre l'agent d'exécution.

20. A présent, résumons la deuxième partie de cette étude. Les positions traditionnelles de la jurisprudence décrites dans la première partie ont été à plusieurs reprises battues en brèche.

Trois Cours d'appel du pays ont pris position en faveur de l'action contractuelle du maître contre le sous-traitant. Ces arrêts, bien qu'ils aient été cassés, ont le mérite de faire apparaître un certain malaise.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 7 décembre 1973 et d'autres à sa suite remettent en cause dans une large mesure la recevabilité de l'action aquilienne du maître contre le sous-traitant.

Depuis l'arrêt du 7 décembre 1973, il est acquis et constant dans la jurisprudence que l'agent d'exécution est désormais assimilé au débiteur contractuel dans la mesure où il exécute le contrat.

Si la Cour de Cassation venait à abandonner clairement et sans ambiguïté sa jurisprudence traditionnelle favorable au concours des responsabilités, cela aboutirait à consacrer une véritable immunité au profit de l'agent d'exécution sur le plan de sa responsabilité envers le créancier principal.

III. L'action contractuelle : son fondement et son régime juridique.

21. Il s'agit dans cette troisième partie de démontrer l'opportunité qu'il y a de permettre au maître d'engager directement la responsabilité du sous-traitant. Nous montrerons qu'à cette fin, l'action contractuelle est préférable à l'action aquilienne. Enfin, nous tâcherons de fonder juridiquement cette action contractuelle, avant d'en décrire le régime juridique.

22. L'immunité de l'agent d'exécution est critiquable : il doit répondre de sa faute⁽⁴¹⁾. Le principe qui gouverne toute la responsabilité civile et qui en constitue le fondement est que « nul ne doit être exempt de sa responsabilité découlant de ses fautes »⁽⁴²⁾. Bien que le phénomène de l'assurance ait ôté beaucoup à la fonction sociale de la responsabilité individuelle, celle-ci garde tout de même un certain pouvoir de discipliner et de moraliser les comportements. Il est fort probable que le maître sera plus diligent que l'entrepreneur pour faire valoir tous ses droits et, le cas échéant, entamer des poursuites : la responsabilité directe de l'agent d'exécution envers le maître est dès lors susceptible de renforcer son sens des responsabilités.

D'autre part la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur pour son agent d'exécution s'explique très bien tant que la substitution reste tout à fait libre en son principe. Mais, de plus en plus, la spécialisation est poussée, et l'entrepreneur se trouve contraint de confier certaines tâches en sous-traitance. Dès lors que la substitution est déontologiquement ou techniquement nécessaire, pourquoi vouloir à tout prix que l'entrepreneur demeure responsable du fait de son sous-traitant ? C'est sans doute ce qui fait dire à M. - A. et Ph. Flamme que « l'on pourrait imaginer, par analogie avec l'espèce tranchée par la Cour de Cassation le 3 mars 1978, que - sous réserve d'un mauvais choix - , l'entrepreneur peut, même implicitement, se décharger à l'égard du maître de sa responsabilité quant à certains travaux dont la technique échappe manifestement à sa compétence »⁽⁴³⁾.

Un autre intérêt pratique certain de la possibilité pour le maître d'atteindre directement le sous-traitant est de lui éviter les conséquences de la faillite de l'entrepreneur général. Il pourrait ainsi échapper au concours des créanciers de l'entrepreneur.

Enfin, l'immunité du sous-traitant ne convient pas au motif que les destinataires d'une prestation est en droit d'atteindre directement la personne qui a participé à sa réalisation. Les développements qui vont suivre étayent cette affirmation.

23. Le destinataire d'une prestation est en droit d'atteindre directement la personne qui a participé à sa réalisation : explication de ce droit.

(41) v. Neret J., op. cit., n° 362.

(42) H. et L. Mazeaud, A. Tunc, op. cit., n° 1005-2, p. 1064.

(43) v. Cass., 3 mars 1978, J.T., 1979, p. 28; M.-A. et Ph. Flamme, Chron., J.T., 1983, n° 14. Il s'agissait dans cet arrêt d'un architecte.

Le refus persistant d'accorder l'action directe au maître de l'ouvrage contre le sous-traitant se fonde sur une application stricte du principe de la relativité des conventions. Cette position vient du fait d'envisager le contrat principal et le sous-contrat comme des conventions autonomes.

Cette vision n'est cependant pas conforme à la réalité. Il faut accepter de raisonner dans le cadre plus large du «groupe des contrats», de l'«ensemble contractuel» formé du contrat et du sous-contrat⁽⁴⁴⁾. De plus en plus d'auteurs adoptent ce point de vue novateur. Ainsi, J. Nèret au départ d'une réflexion sur le sous-contrat, estime que cette «vision individualiste, abstraite et purement analytique des cloisonnements que dresserait entre maître et sous-traitant, la relativité des conventions est dépassée»⁽⁴⁵⁾. Il préfère voir «une opération économique globale» plutôt que «deux contrats superposés régis par des rapports d'antériorité et de hiérarchie». Ailleurs⁽⁴⁶⁾, G. Cornu acquiesce et surenchérit : «le temps est venu d'y substituer la vision synthétique, concrète et objective d'une opération juridique d'ensemble dont le contrat principal et le sous-contrat sont des éléments articulés. La participation à une opération globale est le lien de droit qui exclut qu'on en isole les étages».

Raisonnant aussi dans le cadre élargi des «groupes de contrats», M. Teyssié conclut dans le même sens : «les complexes de contrats ne sont-ils pas caractérisés par la création, en leur sein, de rapports contractuels entre toutes les personnes qui y participent ?». Il prône logiquement l'action contractuelle directe du maître contre le sous-traitant⁽⁴⁷⁾ ⁽⁴⁸⁾. Selon le même auteur, «le groupe exclut en son sein l'application du principe traditionnel de relativité», «les rapports contractuels (...) interdisent de considérer comme de véritables «tiers» dans leurs relations réciproques les parties à même groupe»⁽⁴⁹⁾.

24. Tiers et partie. Il faut penser à redéfinir les notions relatives de tiers et parties. Les analyses qui précèdent nous inclinent à en atténuer la distinction.

Les parties contractantes sont les personnes qui ont donné leur consentement à la formation du contrat, ou celles qui y ont été représentées. Le tiers s'oppose à la partie en ce que, n'ayant pas donné son consentement, il reste totalement étranger au contrat. Par rapport au maître de l'ouvrage, le «tiers absolu» n'est pas un tiers au même titre que l'agent d'exécution. Ce dernier n'est pas véritable tiers au contrat, bien qu'il le soit à sa conclusion. D'une certaine façon, il donne son consentement au contrat dans l'exécution duquel il accepte de rentrer. Il ne consent pas au moment où le contrat principal est conclu mais il y adhère quand se noue le contrat de sous-traitance.

Le sous-traitant vient se substituer au cocontractant pour exécuter des obligations du contrat principal⁽⁵⁰⁾. Rentré de plain pied dans l'exécution de ce dernier, il se retrouve placé en fait dans la situation de contractant. Comment ne pas admettre qu'il a alors cessé d'être étranger au contrat, dont il devient pour partie ou pour le tout l'exécutant réel ?

Il faut en conclure que les notions de tiers et partie ne sont pas exactement symétriques. Cela fait longtemps que De Page a écrit : «Il ne faut pas entendre par tiers toute personne autre (...) que le débiteur. Les mandataires et agents d'exécutions ne sont pas des tiers»⁽⁵¹⁾. Pourquoi ne pas en tirer la conséquence logique qui s'impose sur le plan de la responsabilité ? Le sous-traitant est prestataire réel d'un contrat dont le maître est le destinataire et le bénéficiaire au premier chef. Comment refuser à ce dernier le droit de rechercher directement la responsabilité du sous-traitant ?

(44) éventuellement, plusieurs sous-traitants, juxtaposés ou en cascade.

(45) J. Nèret, op. cit., n° 297 et s.

(46) G. Cornu, Contrats spéciaux, *R.T.D. Civ.*, 1981, p. 169.

(47) M. Theyssié, Les groupes de contrats, thèse, *L.G.D.J.*, Paris, n° 587 et s.

(48) Voyez aussi Dury, Variation sur la responsabilité de l'acconier, *R.T.D. Civ.*, 1969, p. 773, n° 2, spécialement p. 776; *R.T.D. Civ.*, 1977, p. 136.

(49) Teyssié, *ibid.*, n° 588; Dans le même sens, G. Viney, Sous-traitance et responsabilité civile, rapport ronéotypé, n° 8 et s., Colloque sur «la sous-traitance des marchés de travaux et de services», U.E.R. Droit des affaires, Paris-I, 1978, n° 48 & s.

(50) M. Espagnon, note sous Cass. (2^e Ch. civ.), 8 juin 1979, *D.*, Sirey, 1980, p. 564.

(51) De Page, Traité élémentaire de droit civil belge, t. III, n° 402.

La Cour de Cassation décide dans son arrêt du 7 décembre 1973 que «l'agent d'exécution n'est pas un tiers au regard de l'exécution du contrat» ⁽⁵²⁾. La finale de cette affirmation ajoute à ce qu'avait écrit De Page. Cela introduit comme deux moments successifs de la vie d'un «ensemble contractuel». L'avantage de la formule de la Cour suprême est de pouvoir en quelque sorte sauvegarder le principe de relativité et ses conséquences, tout en prenant acte du point de vue des responsabilités, de l'unité que forment le contrat et le sous-contrat. C'est le moment précis où commence l'exécution qui départage les deux périodes. Le premier stade est celui de la formation des contrats: chacun d'eux a une existence autonome. Il sera fait une stricte application du principe de relativité des conventions pour apprécier les conditions de validité des contrats, l'incidence d'éventuels vices de consentement... ⁽⁵³⁾. Le stade de l'exécution supprime les cloisonnements. Des rapports s'instaurent entre tous les participants à la convention unique: le maître doit pouvoir assigner directement – sur le plan contractuel – les agents qui participent à l'exécution de la convention à laquelle il fait partie.

25. Pourquoi préférer l'action contractuelle directe à l'action aquilienne ?

Presque toujours la faute s'appréciera par rapport au contrat qui permet de la définir. Il est dès lors plus logique d'agir sur le plan contractuel. Très souvent d'ailleurs, il sera malaisé d'établir une faute au sens des articles 1382 et suivants du Code civil à charge du sous-traitant, alors que l'inexécution du contrat est évidente ⁽⁵⁴⁾. L'allègement de la charge de la preuve est considérable: il suffit de vérifier que le débiteur a méconnu une obligation du contrat. Cette facilité s'explique par le fait que les obligations de l'entrepreneur sont généralement des obligations de résultat ⁽⁵⁵⁾.

D'autre part, le droit personnel d'assigner le sous-traitant sur une base contractuelle, s'assortit du droit d'exécuter sur son patrimoine: saisies, faculté de remplacement des articles 1143 et 1144 du Code civil. La mise en demeure ne concerne que l'inexécution fautive d'obligations contractuelles. Le maître de l'ouvrage peut donc mettre le sous-traitant en demeure de s'exécuter s'il est reconnu qu'un «lien contractuel» existe entre eux.

Enfin, et surtout, «un contractant ne doit pas pouvoir être surpris par des actions qui mettraient en jeu sa responsabilité dans des conditions différentes de celles qu'il aurait pu prévoir» ⁽⁵⁶⁾. Il est équitable que les sous-traitants puissent se prévaloir des clauses limitatives de responsabilité, exceptions... que l'entrepreneur aurait été en droit d'invoquer à l'égard du maître de l'ouvrage ⁽⁵⁷⁾. Cette évidence n'a-t-elle pas conduit à l'anomalie, relevée par R.O. Dalcq et F. Glansdorff, de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 26 juin 1970 (v. supra, n° 11) ⁽⁵⁸⁾ ? La difficulté eût été résolue en l'espèce si l'action contractuelle avait été possible.

26. Fondement juridique de l'action contractuelle du maître contre le sous-traitant.

Si nous avons cru pouvoir expliquer la raison d'être du droit qu'a le destinataire d'une prestation d'atteindre directement la personne qui a participé à sa réalisation, encore faut-il tenter de fonder juridiquement l'action contractuelle qui en découle.

(52) Ceci ne heurte pas le principe de non-contradiction aux termes duquel «une chose ne peut être et ne pas être en même temps et sous le même rapport». Ainsi, sans difficulté logique, un sous-traitant peut être tiers à la formation du contrat et ne pas l'être au regard de son exécution. Voilà qui répond à A. Limpens (op. cit., n° 3, p. 184) qui note que «la logique cartésienne admet difficilement qu'une même personne ne puisse à la fois être tiers au contrat et ne pas l'être».

(53) Par exemple, l'annulation pour vice de consentement d'une sous-traitance n'aura pas pour conséquence d'entraîner la nullité des autres sous-traitances, ni du contrat principal. Egalement, la Cour de Gand a pu décider qu'un contrat de sous-traitance est valable entre parties, même si l'entrepreneur principal n'obtient pas la soumission ou la perd par sa faute... La non-attribution des travaux n'a pas d'influence sur la validité du contrat de sous-entreprise» (Gand, 3 avril 1982, *Entr. et Dr.*, 1983, p. 113).

(54) Plusieurs arrêts en témoignent très nettement, qui ont été cassés pour avoir admis l'action aquilienne sans réussir à établir la faute aquilienne. Voy. par exemple: Cass. (1^{re} Ch.), 4 juin 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 12; Cass. (1^{re} Ch.), 15 septembre 1977, *R.C.B.J.*, 1978, p. 426.

(55) Les parties peuvent en décider autrement. Il convient donc de rechercher la volonté des parties en analysant dans chaque espèce le contenu exact des obligations (v. Simont, De Gavre et Foriers, Examen de jurisprudence (1976 à 1980). Les contrats spéciaux, *R.C.J.B.*, 1986, p. 332 et s., n° 159). En cas de doute, il faut considérer conformément à l'article 1162 du Code civil que l'entrepreneur ne s'est engagé qu'à une obligation de moyens (contra: Flamme, Marchés publics, t. II, p. 525, c.).

(56) Durry, *F.T.D.*, 1969, 776.

(57) De même que celles que le sous-traitant aurait pu invoquer à l'égard de son co-contractant (v. Teyssie, op. cit., n° 582, citant Concl. Schmelck sous Ch. Mixte, 23 mars 1973, *D.*, 1973, 305).

(58) Application à l'arrimage d'une clause limitative de responsabilité contenue dans le contrat de transport.

Diverses tentatives ont déjà été faites en ce sens, qui demeurent généralement peu satisfaisantes. Ainsi, le recours à l'équité ne paraît pas adéquat pour ébranler une jurisprudence solidement ancrée. Loin de constituer une explication juridiquement valable, l'équité est une notion que l'on brandit à défaut de trouver un fondement juridique.

Certaines décisions de justice ont invoqué une sorte de délégation tacite au profit du sous-traitant, ou de stipulation pour autrui implicite⁽⁵⁹⁾. Ces mécanismes devraient servir à trouver une relation contractuelle – base de l'action contractuelle – là où il n'y en a pas : ce n'est guère convaincant.

Une autre explication nettement plus élaborée s'appuie sur une analogie avec ce qui se passe en matière de vente, où un tiers acquéreur possède un recours contre le vendeur initial du chef de vice d'éviction ou des vices cachés⁽⁶⁰⁾. De même, en matière d'entreprise, le sous-acquéreur d'un immeuble peut exercer l'action décennale directement contre les architectes et entrepreneurs sans intervention du vendeur⁽⁶¹⁾. Et aux termes de l'article 6 al. 2 de la loi Breyné (du 9 juillet 1971 sur la construction et la vente d'habitations), la garantie bénéficie aux propriétaires successifs de la maison ou de l'appartement. A ce titre, ils assignent directement le vendeur sur une base contractuelle. Selon la plupart des auteurs, c'est comme accessoire de la chose vendue que dans l'un et l'autre cas, l'action se transmet d'un acquéreur à l'autre : la vente est accompagnée d'une cession tacite des droits et actions relatifs à la chose^(61 bis). Reporter cette explication – fondée sur l'article 1615 du Code civil – à notre hypothèse, présente selon nous des inconvénients⁽⁶²⁾. Le fondement juridique avancé dans le cas de la vente est fort controversé. Si l'action rédhibitoire est transmise au sous-acquéreur, le revendeur ne devrait logiquement plus être autorisé à s'en prévaloir. Il ne lui resterait d'autre recours que celui fondé sur la subrogation personnelle. Dans ce cas, il ne devrait pouvoir réclamer, du montant versé pour indemniser le sous-acquéreur, que la part qui correspond au «payement pour autrui».

Or, la question n'est généralement pas posée en ces termes : l'action récursoire du revendeur contre le fabricant est appréciée comme s'il avait conservé l'action en garantie qu'il tenait de la vente initiale. D'autre part, la transmission de l'action du revendeur au sous-acquéreur crée une difficulté en raison de l'évolution de la jurisprudence sur les clauses restrictives de la garantie légale des vices cachés. En effet, la jurisprudence considère que les clauses qui limitent la garantie due par un professionnel sont le plus souvent nulles, mais semble admettre depuis peu – certainement en France et à certaines conditions en Belgique^(62 bis) – la validité de ces clauses limitatives de responsabilité entre professionnels de même spécialité. Si le professionnel peut limiter la garantie qu'il doit au revendeur professionnel, logiquement la transmission de cette créance du revendeur au sous-acquéreur devrait avoir pour effet indirect de rendre opposable à ce dernier les limitations conventionnelles de responsabilité. De toute évidence, cette solution ne correspond pas à la portée limitée que la jurisprudence entend donner à la validité de ces clauses⁽⁶³⁾.

(59) Explication rejetée par Bruxelles, 21 décembre 1979, *R.C.A.R.*, 1981, n° 10388; pour des références jurisprudentielles, v. M.-A. et Ph. Flamme, *Chronique de jurisprudence. La sous-traitance*, *J.T.*, 1983, p. 353 et 379.

(60) v. Limpens A., *op. cit.*, p. 198 et les réf. citées, notamment Limpens J., *La vente en droit belge*, n° 402.

(61) Voyez à cet égard (v. Neret, *op. cit.*, n° 364) la terminologie du Doyen Savatier qui ramène l'hypothèse qui nous occupe à la vente d'un service et ainsi estime que le recours en responsabilité du bénéficiaire du service contre son exécutant n'est pas autre chose que la transposition au domaine des obligations de faire, de l'action en garantie de l'acquéreur contre le fabricant, consacrée par la jurisprudence dans le domaine des obligations de donner (v. aussi Ph. Malinvaud, *La responsabilité civile du fabricant en droit français*, *G.P.*, 1973, 2463, n° 14).

(61 bis) Van Ryn et Heenen, t. III, 2^e éd., n° 701, p. 751; Van Ommeslaghe, in *la transmission des obligations*, p. 125 et s.; J. Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente*, *L.G.D.J.*, Paris, 1983, n° 235 et les références citées; L. Simont, J. De Gavre et A. Foriers, *Examen précité*, 1985, p. 163, n° 46.

(62) Cette analogie avec la vente est proposée par F. Glansdorff, note sous Bruxelles (2^e Ch.), 28 octobre 1987, *J.T.*, pp. 668 à 670.

(62 bis) v. Simont, De Gavre et Foriers, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, n° 45.

(63) Voyez d'autres exemples de difficultés similaires, inhérentes au mécanisme-même de la transmission : J. Ghestin, *op. cit.*, n° 334.

Le meilleur fondement de l'action contractuelle directe réside dans la notion de sous-contrat (ou groupe de contrats) et dans l'existence du principe général qu'il implique : celui de la responsabilité du prestataire réel – substitut du débiteur contractuel – à l'égard du destinataire. Ce principe peut être dégagé de l'économie d'un certain nombre de dispositions éparpillées dans notre arsenal législatif.

Ainsi l'article 1994 du Code civil consacre l'action du mandant contre le mandataire substitué. Si le mécanisme de la représentation inhérent au mandat le démarque du sous-traité, le rapprochement des deux institutions est facilité par l'arrêt du 7 décembre 1973, puisque l'agent, le préposé ou le sous-entrepreneur constitue au regard de l'exécution du contrat le «représentant» du cocontractant⁽⁶⁴⁾. Un autre exemple d'action directe dans une hypothèse de sous-contrat est l'article 1753 du Code civil. Le bailleur est autorisé à poursuivre directement le sous-locataire en paiement, du moins dans la limite du montant de la sous-location.

D'autres dispositions légales contribuent aussi – de manière incidente – à mettre en lumière le principe général que nous croyons pouvoir proposer. Ainsi, le protocole de La Haye a introduit, dans la Convention de Varsovie sur la navigation aérienne, l'article 25-A, dont le paragraphe 1^{er} est ainsi libellé : «Si une action est intentée contre un préposé du transporteur (...), ce préposé, s'il prouve qu'il a agi dans l'exercice de ses fonctions, pourra se prévaloir des limites de responsabilité que peut invoquer le transporteur». Cette disposition permet donc de limiter la responsabilité personnelle de l'agent d'exécution – engagée par le passager – par l'application d'une clause limitative de responsabilité «contractuelle». Cette même possibilité se retrouve en matière de transport maritimes dans les Conventions de Bruxelles des 29 avril 1961 et 27 mai 1967. Quant à la Convention de Genève du 10 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route, elle dispose en son article 28 par. 2 que : «lorsque la responsabilité extracontractuelle pour perte, avarie ou retard d'une des personnes dont le transporteur répond ... est mise en cause, cette personne peut également se prévaloir des dispositions de la présente convention qui excluent la responsabilité du transporteur ou qui déterminent ou limitent les indemnités dues». Conformément à cette règle, il faut admettre une nouvelle fois qu'une limitation contractuelle peut être appliquée à une responsabilité délictuelle. Cela ne revient-il pas comme dans l'arrêt de la Cour de Gand du 26 juin 1970 à consacrer implicitement une action contractuelle ?

Ces différentes «anomalies» légales contribuent, jointes aux hypothèses des articles 1753, 1994, etc... du Code civil et à d'autres constructions jurisprudentielles⁽⁶⁵⁾, à révéler l'existence d'un principe général du droit. Il pourrait se formuler ainsi : le créancier principal peut rechercher directement sur le plan contractuel la responsabilité de l'agent d'exécution de son débiteur.

27. Il convient à présent d'examiner le régime juridique de l'action contractuelle du maître contre le sous-traitant⁽⁶⁶⁾.

Rappelons que la sous-traitance n'existe que dans le cadre et les limites du contrat principal, dont elle prend en charge certaines obligations. Le substitut vient accomplir à la place de l'entrepreneur des obligations que celui-ci a contractées envers le maître : un des contrats du groupe sert à exécuter des obligations nées de l'autre. En conséquence, le régime de l'action contractuelle peut être défini à l'aide des deux règles suivantes :

1. Le sous-traitant n'est débiteur que dans la mesure du contrat qui l'unit à l'entrepreneur (le sous-traité).

Jamais le sous-traitant ne pourra être tenu vis-à-vis du maître à plus que ce dont il est tenu à l'égard de l'entrepreneur.

2. Le maître n'est créancier dans la mesure du contrat qui l'unit à l'entrepreneur (le contrat principal).

Le maître ne pourra exiger plus du sous-traitant que ce qu'il est en droit d'exiger de son cocontractant. Quant au sous-traitant, il est entendu que son cadre contractuel est, en

(64) v. obs. Herbots sous Cass., 7 décembre 1973, R.W., 1973-74, col. 1601.

(65) Songeons par exemple qu'en France, la jurisprudence admit petit à petit l'action directe du destinataire contre le manutentionnaire ou acconier, jusqu'à l'arrêt décisif de la Cour de Cassation du 3 juin 1964. Ce droit fut par la suite consacré par la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes.

(66) v. surtout J. Neret (op. cit., n° 380 à 408) dont ces pages s'inspirent. Sur la question de l'applicabilité au sous-entrepreneur des clauses du contrat principal liant l'entrepreneur général au maître, v. M.-A. et Ph. Flamme, Chronique de jurisprudence et de doctrine, Le contrat d'entreprise (1966-1975), J.T., 1976, pp. 337 et s., n° 69 et s.; également Flamme et Lepaffe, Le contrat d'entreprise, n° 219 et s.

vertu du sous-traité, la convention principale dont il devient en tout ou partie l'exécutant réel. Ainsi, la responsabilité qu'il encourt ne pourra être plus lourde que celle qui pèse sur l'entrepreneur.

L'ensemble des questions pratiques devrait pouvoir être résolu par application de ces deux règles. Par des références à la jurisprudence, nous voudrions montrer que généralement les solutions qui se dégagent du modèle proposé sont conformes à celles que nos tribunaux adoptent pour des motifs divers. La théorie générale du sous-contrat offre l'avantage de la rigueur et de la cohérence des principes de solution, là où le juge est guidé tantôt par l'équité, tantôt par des règles de droit inspirées d'après l'espèce.

De la règle, on peut inférer les deux corollaires suivants

- a. Le sous-traitant peut opposer au maître les stipulations du sous-traité.

C'est le régime applicable au sous-traité qui permet de déterminer si le sous-traitant a commis une faute. Lorsqu'il s'est conformé aux stipulations de son contrat, il n'encourt aucune responsabilité vis-à-vis du maître ⁽⁶⁷⁾.

Le sous-traitant pourra opposer au maître les clauses limitatives de responsabilités contenues dans le sous-traité (dont l'entrepreneur ne bénéficie pas nécessairement vis-à-vis du maître).

Ont été jugées inopposables au sous-traitant, les dispositions du cahier des charges de l'entrepreneur principal, particulièrement en ce qui concerne les délais de livraison et les amendes pour retard ⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾.

Il a été jugé que «les sous-traitant n'est nullement lié par les constatations et les appréciations consignées dans le procès verbal d'une réception d'immeuble à laquelle il n'a pas été convié» ⁽⁷⁰⁾.

Si le sous-traitant s'était déjà libéré vis-à-vis de l'entrepreneur, il n'est plus son débiteur et par conséquent, il ne le sera pas davantage du maître.

- b. Le sous-traitant pourra opposer au maître toutes les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre son cocontractant en vertu de son contrat.

Il pourra par exemple soulever l'incompétence de la juridiction saisie par le maître, se prévalant d'une clause attributive de compétence ou d'une clause compromissoire insérée dans le contrat de sous-traitance.

La deuxième règle énoncée permet, quant à elle, de formuler les deux corollaires suivants :

- a. Le sous-traitant peut opposer au maître toutes les clauses qui lient ce dernier à l'entrepreneur.

Il pourra par exemple se prévaloir d'une formule de révision contenue dans le contrat principal au bénéfice de l'entrepreneur en cas de hausse des salaires ou des prix des

(67) v. Bruxelles, 5 novembre 1868, *Pas.*, 1869, 2233.

(68) Comm. Bruxelles (20^e Ch.), 22 juillet 1977, *Entr. et Dr.*, 1980, p. 22, obs.

(69) Par contre, mais il s'agit dans ce cas de l'action récursoire dirigée par l'entrepreneur contre son sous-traitant, «lorsqu'un sous-traitant subit un retard dans l'exécution de ses travaux, la clause pénale lui est applicable, nonobstant la prolongation de délai accordée par le maître à l'entrepreneur principal». (Comm. Anvers (4^e Ch.), 14 janvier 1971, *Entr. et Dr.*, 1975, p. 127, obs. H van Houtte).

(70) Bruxelles (4^e Ch.), 7 octobre 1982, *Entr. et Dr.*, p. 33, réformant partiellement Comm. Bruxelles, 24 mars 1980.

Lors du procès verbal de réception provisoire, une moins-value fut décidée pour «défaut de planéité des murs» et «taches sur vinyl mural». La Cour réforma le jugement du tribunal de commerce en ce qu'il avait admis la thèse de l'entrepreneur qui prétendait imputer la réduction de prix au sous-traitant.

matériaux⁽⁷¹⁾. Selon la jurisprudence dominante, la clause de révision du marché du contrat principal n'est certainement pas automatiquement applicable au contrat de sous-traitance⁽⁷²⁾. Elle a souvent été critiquée : «cette jurisprudence heurte évidemment l'équité»⁽⁷³⁾. Elle a d'ailleurs été adoptée par le législateur en matière de marchés publics par la loi du 14 juillet 1976⁽⁷⁴⁾.

De même, le sous-traitant profitera des clauses limitatives de responsabilité dont aurait pu bénéficier l'entrepreneur⁽⁷⁵⁾.

Si le maître avait déjà trouvé réparation auprès de son cocontractant, le sous-traitant en tirera profit et sera lui-même libéré⁽⁷⁷⁾.

b. Le maître ne pourra pas revendiquer le bénéfice des clauses du contrat passé entre l'entrepreneur et le sous-traitant.

Cela s'entend du moins toutes les fois qu'il n'aurait pu invoquer le bénéfice de ces clauses sur la seule base du contrat principal.

* *

28. Il est permis d'espérer que la jurisprudence sera amenée à reconnaître l'action contractuelle du maître contre le sous-traitant. Cette solution satisfait de manière équilibrée les différents intérêts en présence. Chacun y trouve son avantage : le sous-traitant n'est pas surpris par une action qui mettrait en jeu sa responsabilité dans des conditions différentes de celles qu'il a prévues, l'entrepreneur fait l'économie d'une action récursoire contre le sous-traitant le maître dispose des voies d'exécution contre le sous-traitant et se prémunit face à l'éventuelle insolvabilité de l'entrepreneur.

L'action aquilienne du maître contre le sous-traitant n'est plus, depuis l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 décembre 1973, recevable aux seules conditions des articles 1382 et 1383 du Code civil. Désormais assimilé au débiteur contractuel, le sous-traitant n'engage sa responsabilité délictuelle envers le maître «que s'il a commis une faute qui constitue, non la violation d'une obligation contractuelle, mais d'une obligation qui s'impose à tous, et si cette faute a causé un autre dommage que celui résultant de la mauvaise exécution de contrat». Sans pouvoir affirmer avec certitude que la Cour de Cassation a ainsi abandonné sa jurisprudence traditionnelle favorable au concours des responsabilités, pour les motifs évoqués (v. supra, n° 25), cette solution nous paraît opportune. La théorie du «sous-contrat» ou des «groupes de contrats», en ce qu'elle tempère les effets du principe de relativité, ne fait que renforcer cette opinion. En effet, ce qui a été écrit à l'encontre du cumul des responsabilités entre parties liées par un contrat, peut être reporté aux hypothèses élargies des groupes de contrats : «quand les deux parties à l'instance sont précisément celles-là mêmes entre lesquelles se sont établis des rapports contractuels, il devient paradoxal de les soustraire à la loi qu'elles ont faites»⁽⁷⁸⁾.

La jurisprudence de la Cour de Cassation inaugurée par l'arrêt du 7 décembre 1973, jointe à la reconnaissance de l'action contractuelle au sein des groupes de contrats, devraient contribuer à dominer l'importance des actions délictuelles dans le domaine des contrats.

(71) contra : Comm. Termonde, 9 janvier 1979, *Entr. et Dr.*, 1979, p. 291, obs. Nauwelaerts. Cet arrêt n'admet pas au profit du sous-traitant le bénéfice de la formule de révision qui était prévue dans le contrat d'entreprise. Le sous-traitant ne pouvait – selon cette décision – se prévaloir de la clause explicite de révision : «un simple renvoi dans le contrat de sous-traitance au cahier spécial des charges, base contractuelle de la convention liant l'entrepreneur général et le maître, qui elle, prévoyait cette formule de révision, n'est pas suffisante».

(72) v. Flamme et Lepaffe, *Chronique, J.T.*, 1976, n° 69 et s.

(73) M.-A. et Ph. Flamme, *Chronique, J.T.*, 1983, p. 371, n° 27. De là, des arrêts en sens contraire : Comm. Bruges (3^e Ch.), section Oostende, 26 décembre 1974, inédit, cité par Flamme, *ibid.*; également : Gand (7^e Ch.), 28 mai 1969, réf. id.

(74) v. surtout l'article 53 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, qui prévoit l'insertion systématique dans les contrats de sous-entreprise d'une disposition les faisant bénéficier automatiquement de la révision obtenue par l'entrepreneur général dans ses rapports avec le maître de l'ouvrage.

(75) Telle était la solution déjà commentée de l'arrêt de la Cour de Gand du 26 juin 1970.

(76) Et inversement, la prescription de l'action du sous-traitant est régie par les règles relatives à la prescription de l'action de l'entrepreneur principal adjudicataire contre le maître (en l'espèce, l'Administration) : le sous-traitant doit supporter les conséquences de la forclusion de cette action (v. Trib. Bruxelles (2^e Ch.), 26 février 1969, inédit, cité par Flamme et Lepaffe, op. cit., *J.T.*, 1976, n° 73; Comm. Turnhout, 6 décembre 1973, même réf.).

(77) Plus largement, le sous-traitant doit pouvoir opposer au créancier tous les moyens que le débiteur intermédiaire (l'entrepreneur) aurait pu opposer lui-même au créancier (Simont, *R.C.J.B.*, 1962, p. 471; Cass., 16 février 1962, *R.C.J.B.*, 1962, p. 462).

(78) Nana G.-J., La réparation des dommages causés par les vices d'une chose, th., Paris, *L.G.D.J.*, 1982, p. 176, n° 288.